

Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg

Sur le projet de loi n°7533B déposé par le Ministère de la Justice portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale ; 3° de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie.

(30/11/2022)

* * *

Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a pris connaissance de la décision de la Commission de la justice de scinder le projet de loi n°7533 en deux textes distincts, à savoir un premier volet (projet de loi n° 7533A) traitant des modifications à apporter en droit interne afin d'assurer la transposition en droit national de la directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal et un second volet (projet de loi n° 7533B sous examen) regroupant un certain nombre d'autres modifications aux dispositions réprimant le blanchiment en droit interne.

COMMENTAIRES

Concernant l'article 1^{er} point 2 modifiant l'article 506-4 du Code pénal.

Le projet de loi vise à modifier l'article 506-4 du Code pénal comme suit :

« **Art. 506-4.** Les infractions visées à l'article 506-1, ~~points 1) et 2)~~, sont **également** punissables, ~~même si leur auteur est également lorsque l'auteur est aussi l'auteur~~ ou le complice de l'infraction primaire. ~~Les infractions visées à l'article 506-1, point 3), sont punissables, même si leur auteur est également auteur ou complice de l'infraction primaire, lorsque cette dernière a été commise à l'étranger et ne peut pas être poursuivie au Luxembourg. Par dérogation aux articles 60, 61 et 65, lorsque l'auteur ou le complice de l'infraction primaire est poursuivi en application de l'article 506-1, point 3), la peine prévue pour l'infraction primaire sera seule prononcée. Lorsque l'infraction à l'article 506-1, point 3) est poursuivie seule, la peine prononcée ne pourra excéder celle prévue pour l'infraction primaire, sauf si celle-ci a été commise à l'étranger. »~~

Cet article a fait l'objet de plusieurs modifications au cours des discussions portant sur le projet de loi initial n°7533.

Une première rédaction de l'article 506-4 avait ainsi pour objectif d'empêcher la poursuite de l'infraction d'auto-blanchiment-détention en cas d'infraction primaire commise au Luxembourg.

A la suite de l'opposition formelle du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire, la version précitée fut proposée.

L'Ordre maintient ses observations contenues dans ses avis déposés lors des discussions portant sur le projet de loi n°7533 et désire mettre en garde le législateur contre une probable non-conformité du texte avec le droit européen.

Alors que les critiques antérieures de l'Ordre portaient sur la répression de l'auto-blanchiment-détention en tant que tel, la Commission de la Justice propose désormais une version de l'article 506-4 exclusivement focalisée sur le quantum de la peine, proposition qui ne résout en rien les problèmes soulevés.

Pour rappel, l'Ordre ne critique en rien la possibilité de l'auto-blanchiment mais la rédaction actuelle du texte et du projet sous examen qui, insatisfaisante et trop large, permet la répression de l'auto-blanchiment-détention et autorise l'application qui en est actuellement faite par les juridictions répressives.

Cette situation se trouve être manifestement en contradiction avec le droit européen pour les raisons qui suivent.

Dans une décision du 2 septembre 2021, C-790/19, LG et MH, la Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'auto-blanchiment¹.

Les faits à l'origine de la décision de la CJUE se sont déroulés en Roumanie où LG, dirigeant de société, fut condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis pour blanchiment, le produit blanchi résultant d'une fraude fiscale dont il était également l'auteur.

Saisie du dossier, la Cour d'appel de Brasov hésita quant à la possibilité de retenir tant l'infraction primaire que le blanchiment, infraction de conséquence, à l'encontre d'une seule et même personne.

La législation roumaine en matière de blanchiment étant issue du droit de l'Union européenne et notamment des directives 2005/60 et 2015/849, la Cour d'appel de Brasov décida de saisir la CJUE de la question préjudicielle suivante : « *L'article 1er, paragraphe 3, sous a), de la directive [2015/849] doit-il être interprété en ce sens que la personne qui commet l'acte matériel qui constitue l'infraction de*

¹ F. KIRMANN, « Note sous CJUE, 2 sept. 2021, C-790/19, LG et MH », *Revue pénale luxembourgeoise*, n°10, à paraître.



blanchiment de capitaux est toujours une personne autre que celle qui commet l'infraction principale (infraction première dont proviennent les capitaux blanchis) ? ».

Pour la CJUE, « il ressort [...] du libellé de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2005/60 que l'acte matériel visé à cette disposition consiste, notamment, en la conversion ou le transfert de biens, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de ces biens.

Or, dans la mesure où un tel comportement constitue un acte matériel contingent² qui, à la différence de la simple possession ou utilisation de ces biens, ne résulte pas automatiquement de l'activité criminelle dont lesdits biens proviennent, il peut être commis tant par l'auteur de l'activité criminelle dont proviennent les capitaux concernés que par un tiers.

Il découle de ce qui précède que le libellé de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2005/60 n'exclut pas que l'auteur de l'infraction principale dont les capitaux blanchis proviennent puisse également être l'auteur de l'infraction visée à cette disposition pour le blanchiment de ces capitaux » (nous soulignons).

Les termes utilisés par les juges européens laissent peu de place au doute : l'auto-blanchiment ne se conçoit guère lorsque le blanchisseur ne fait que posséder ou utiliser automatiquement le produit ou l'objet de l'infraction primaire, sans acte matériel distinct (ou contingent pour reprendre les termes de la Cour).

Une solution contraire irait contre toute logique et reviendrait à retenir une infraction de façon purement mécanique et de manière automatique.

Au surplus, elle contredirait l'impossibilité traditionnelle et établie de l'auto-recel, lequel est, justement une possession ou une utilisation découlant automatiquement de l'infraction primaire.

La décision retenue par la CJUE dans sa décision du 2 septembre 2021 est en adéquation parfaite avec la directive 2018/1673 du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal dont la transposition est justement au cœur du projet de loi n°7533.

Son considérant 11 dispose que « Les États membres devraient veiller à ce que certains types d'activités de blanchiment de capitaux soient également passibles de sanctions lorsqu'elles sont commises par l'auteur de l'activité criminelle qui a généré ces biens («autoblanchiment»). **Dans de tels cas, lorsque l'activité de blanchiment de capitaux ne se limite pas à la simple possession ou utilisation du bien, mais implique également le transfert, la conversion, la dissimulation ou le déguisement de biens et provoque un dommage supplémentaire à celui déjà causé par l'activité criminelle, par exemple en mettant en circulation les biens provenant d'une activité criminelle, et ce faisant, en dissimulant leur**

² Au sens de « secondaire », « différent ».



origine illicite, il convient que l'activité de blanchiment de capitaux soit passible de sanctions » (nous soulignons).

Cette recommandation se trouve également à l'article 3, 5. de la directive, lequel précise que « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour s'assurer que les comportements visés au paragraphe 1, points a) et b), constituent des infractions pénales passibles de sanctions lorsqu'ils sont le fait de personnes ayant commis l'activité criminelle dont le bien provient ou y ayant participé.* »

Le point c) relatif à « *l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens* » est clairement exclu du mécanisme de l'auto-blanchiment.

Ici encore, il apparaît manifestement qu'aux yeux du législateur européen, seul se conçoit l'auto-blanchiment transfert, conversion, dissimulation ou déguisement, lequel, par un comportement distinct de l'infraction primaire et non-automatique, porte une atteinte supplémentaire à l'ordre public³.

La position tenue par la CJUE, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne se trouve pourtant contredite par la rédaction proposée de l'article 506-4 du Code pénal qui ne détaille pas les conditions d'application de cet auto-blanchiment-détention (automaticité, nécessité d'établir un comportement distinct, ...) et par l'application qu'elle permet par les juridictions répressives.

Il est en effet constant en jurisprudence que l'auto-blanchiment-détention est régulièrement sinon systématiquement poursuivi, y compris lorsque le comportement de l'infraction primaire est identique à celui du blanchiment.

Dans ces situations, infraction primaire et blanchiment ne font qu'un, tant d'un point de vue matériel que moral, spatial et temporel.

Les exemples en la matière sont légion et représentent l'immense majorité des condamnations pour blanchiment⁴. Aussi, seul un très mince échantillon peut ici être présenté.

Un prévenu fut ainsi récemment condamné pour abus de biens sociaux et auto-blanchiment-détention, la Cour d'appel déclarant que « *ces faits constituent, comme les premiers juges l'ont à juste titre constaté, le délit d'abus de biens sociaux. Mais, dans la mesure où ces faits coïncident exactement,*

³ Il ne s'agit pas ici de laisser une liberté aux États membres qui désireraient aller plus loin que la directive. La lecture combinée de l'arrêt de la CJUE et de la directive indique sans ambiguïté que l'auto-blanchiment-détention est expressément exclu de la répression pour des raisons de pure logique juridique et non pas politiques.

⁴ V., dernièrement, TAL, 14 juill. 2022, n°17197/21/CD et 881/22/CD ; Cour d'appel, 23 février 2022, n° 59/22 X.



ils constituent également le délit de blanchiment par la détention qui est constituée. Cette solution, a priori très curieuse, a été voulue ainsi par le législateur (cf. Doc parl. No 4294) »⁵ (nous soulignons).

Tel est également le cas du voleur ou de l'escroc qui est automatiquement puni pour blanchiment du simple fait d'avoir eu entre ses mains l'objet volé ou remis à l'instant-même de sa soustraction ou de sa remise⁶.

Il en va de même du faux monnayeur qui est considéré comme blanchisseur à partir du moment où ses mains ont effleuré les faux billets⁷.

Il ressort de ces décisions que les juridictions répressives luxembourgeoises condamnent régulièrement (pour ne pas dire toujours) l'auteur de l'infraction primaire pour auto-blanchiment-détention sans identifier de comportement distinct, le blanchiment découlant automatiquement, mécaniquement, de la détention du produit ou de l'objet de l'infraction primaire.

L'application des règles du concours idéal en la matière prouve encore qu'aucune distinction n'est faite entre l'infraction primaire et le blanchiment⁸.

Une telle solution s'avère manifestement inconciliable avec la directive 2018/1673 et la décision de la CJUE du 2 septembre 2021 qui rappelons-le, a affirmé que l'auto-blanchiment était punissable lorsqu'un tel comportement est distinct⁹ de celui caractérisant l'infraction primaire, comportement de blanchiment « qui, à la différence de la simple possession ou utilisation de ces biens, ne résulte pas automatiquement de l'activité criminelle dont lesdits biens proviennent » (nous soulignons).

Pour rappel, l'arrêt de la CJUE s'impose pleinement en vertu du principe de primauté du droit de l'Union et dans la mesure où notre législation sur le blanchiment (articles 506-1 et suivants du Code pénal) est directement issue du droit de l'Union européenne et notamment des diverses directives en la matière.

La proposition de rédaction de l'article 506-4 est manifestement en décalage avec la position des instances européennes et de la jurisprudence de la CJUE en se focalisant sur une question de quantum de peine¹⁰ alors que c'est davantage le cumul de qualifications qui s'avère problématique.

⁵ Cour d'appel, 25 novembre 2020, n°396/20 X. Cette solution est de l'aveu de la Cour « très curieuse », et pour cause ! les travaux parlementaires ne sont par ailleurs d'aucun secours, le législateur s'étant contenté d'indiquer s'inspirer du code belge, sans autre explication.

⁶ Cour d'appel, 15 février 2002, n°32/22 V.

⁷ Cour d'appel 25 mai 2021, n°169/21 V.

⁸ V. notamment TAL, 22 mars 2018, n° 1045/2018.

⁹ Contingent.

¹⁰ Question dont l'utilité pratique est en réalité assez secondaire dans la mesure où, en vertu des règles sur le concours, seule la peine la plus forte est prononcée. Bien souvent l'infraction primaire se trouve être l'infraction la plus sévèrement punie, ce qui écarte l'application des peines relatives au blanchiment.



Aussi, l'Ordre ne peut que marquer son opposition avec la version de l'article 506-4 du Code pénal telle que proposée.

L'Ordre suggère soit d'exclure purement le blanchiment-détention de l'article 506-4, à l'instar de la directive 2018/1673 soit de maintenir le blanchiment-détention au sein cet article à la condition, pour le juge pénal, d'établir un comportement distinct de celui de l'infraction primaire.

Une telle solution serait conforme au droit de l'Union (et à la logique), contrairement au texte actuel.

Par ailleurs, cela entraînerait l'obligation pour le juge pénal de qualifier un véritable blanchiment consécutif à l'infraction primaire (par le biais d'une opération de placement, de dissimulation ou de déguisement par exemple), ce qui est davantage conforme avec la philosophie prônée par le GAFI et avec la définition-même du blanchiment.

Pour les raisons ci-avant développées, l'Ordre réaffirme son opposition à la version de l'article 506-4 du Code pénal telle qu'actuellement proposée.

Luxembourg, le 30 novembre 2022

Le Bâtonnier,
Pit RECKINGER